

Opinie

Beëindiging Tijdelijke Bescherming van ontheemden die in Oekraïne tijdelijk verblijfsrecht hadden is onrechtmatig

Vanwege de oorlog in Oekraïne zijn zo'n vijfduizend niet-Oekraïense studenten en arbeidsmigranten naar Nederland gevlucht. Zij kregen aanvankelijk de verzekering dat zij in Nederland bescherming kregen op grond van de Tijdelijke Beschermingsrichtlijn (TBRi). De overheid is daar echter op teruggekomen en wil die bescherming voor deze groep eerder stopzetten. Volgens Carolus Grütters schendt Nederland daarmee het Unierecht. Hij schetst de achtergrond van de TBRi, de implementatie in Nederland en de recente activering van de TBRi door de EU. Daarna beschrijft hij hoe de Nederlandse overheid probeert onder de Unierechtelijke verplichtingen uit te komen met betrekking tot een (klein) deel van de ontheemden: degenen die de oorlog in Oekraïne zijn ontvlucht.

Er is grote onrust ontstaan onder een groep van zo'n vijfduizend uit Oekraïne gevluchte ontheemden² die in Nederland bescherming hebben op grond van de Tijdelijke Beschermings-

richtlijn (TBRi).³ Althans, dat dachten ze te hebben. Na een onnavolgbare reeks van beloftes, aankondigingen, brieven, verlengingen, intrekkingen, excuses en protesten, besloot de ministerraad dat de tijdelijke bescherming van deze

1 Met zeer veel dank aan Kees Groenendijk voor zijn uitgebreide commentaar op eerdere versies van dit artikel.

2 Er verblijven momenteel naar schatting zo'n 100.000 ontheemden uit Oekraïne in Nederland. De hier nader beschreven groep omvat zo'n 4.660 mensen, zie <https://bit.ly/3L2kWWp>.

3 Richtlijn 2001/55/EG van de Raad van 20 juli 2001 betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanning van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen, *Pb EG* 2001, L 212, p. 12.

groep niet op 4 maart 2023 maar ‘pas’ op 4 september 2023 zou worden beëindigd.⁴

Mijns inziens is de door de staatssecretaris veroorzaakte paniek terug te voeren op het niet goed lezen van de TBRI, de bewust minimalistische omzetting van de TBRI in de Nederlandse wetgeving onder minister Verdonk,⁵ en de slecht gecoördineerde poging van de staatssecretaris om deze groep van ontheemden met terugwerkende kracht Unierechtelijke bescherming te ontnemen.

1. Richtlijn Tijdelijke Bescherming

De TBRI ‘was de eerste richtlijn die (...) in het kader van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel (GEAS) tot stand kwam. De directe aanleiding voor de richtlijn waren de twee burgeroorlogen in het voormalig Joegoslavië in de jaren negentig van de vorige eeuw’, aldus Karina Franssen.⁶ Het doel van deze richtlijn was om, in het geval van een massale toestroom van ontheemden naar Europa, de asielstelsels van de individuele lidstaten te ontzien en zonder een individuele beoordeling groepsgewijs bescherming te bieden.⁷ De toelichting van de Europese Commissie bij de richtlijn omschrijft het als volgt:

‘De verplichtingen van de lidstaten jegens de begunstigden moeten aan verscheidene eisen voldoen. Ten eerste moeten deze billijk zijn, aangezien zij enerzijds moeten stroken met de Europese humanitaire tradities, en anderzijds de mogelijkheid bestaat dat zich onder de betrokken personen talrijke vluchtelingen in de zin van het Verdrag van Genève bevinden. Ten tweede moeten de verplichtingen zo aantrekkelijk zijn dat een te groot aantal asielverzoeken wordt voorkomen.’⁸

En ten aanzien van de verplichtingen ten opzichte van de ontheemden staat er:

‘De lidstaten zijn allereerst verplicht tijdelijke bescherming genietende personen voor de gehele duur van de tijdelijke bescherming een rechtsgeldige verblijfstitel te verlenen’.⁹

Kortom: geen asielverzoek, wel bescherming en voor de gehele duur van de richtlijn. Op elk van die drie punten houdt Nederland zich niet aan deze verplichtingen, zoals ik hierna zal beargumenteren.

2. Onjuiste en onvolledige implementatie TBRI in Nederland

De implementatie van de TBRI is in de verschillende lidstaten op nogal uiteenlopende wijze gerealiseerd.¹⁰ In Nederland is welbewust gekozen om niet in de wetgeving op te nemen dat begunstigden van deze richtlijn recht

hebben op een tijdelijke verblijfsvergunning.¹¹ Dat had wel gekund en wel op verschillende manieren.¹²

De wijze waarop Nederland (twee jaar te laat) in 2004 de TBRI wel heeft geïmplementeerd, is bekritiseerd. De strekking daarvan is dat de implementatie onjuist en onvolledig is.¹³ Karina Franssen noemt in haar dissertatie (2011) tal van voorbeelden waar dit uit blijkt: (a) een tijdelijk-beschermde heeft geen zelfstandige status maar die van een asielzoeker;¹⁴ (b) de verplichting om een asielverzoek in te dienen staat haaks op de doelstelling van de TBRI om juist het asielstelsel van de lidstaten te ontlasten; bovendien staat in art. 17(1) TBRI dat het indienen van een asielverzoek tot de mogelijkheden behoort: *niet* dat het een voorwaarde is voor verkrijging van bescherming;¹⁵ (c) bij de omzetting van de TBRI is *niet* voorzien in een transponeringstabel waaruit valt af te lezen op welke wijze een richtlijnbevestiging is omgezet in Nederlandse wet- en regelgeving.¹⁶

Het ter discussie staande art. 8(1) TBRI luidt als volgt:

‘De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de begunstigden voor de volledige duur van de tijdelijke bescherming over verblijfstitels beschikken. Hiertoe worden documenten of andere, gelijkwaardige bewijsstukken verstrekt’.

In art. 2(g) TBRI staat het begrip verblijfstitel omschreven: ‘elke door de autoriteiten van een lidstaat afgegeven en volgens zijn wetgeving opgestelde vergunning of toestemming, op grond waarvan het een onderdaan van een derde land of een staatloze is toegestaan op het grondgebied van die lidstaat te verblijven’.

In de Engelse tekst staat (in art. 2(g) TBRI): ‘*residence permit*’; in het Frans is dat ‘*titre de séjour*’; en in het Duits is dat: ‘*Aufenthaltstitel*’. De Engelse, Franse en Duitse termen begrippen slaan op verblijfsvergunningen; dat is veel meer dan hetgeen de Nederlandse wetgever beoogt, namelijk dat de uitzetting achterwege blijft. De definitie van ‘tijdelijke bescherming’ in de Nederlandse vreemdelingenwet laat het namelijk bij de constatering:

- 11 De implementatie was 2 jaar te laat. Art. 32 TBRI schrijft namelijk voor dat de richtlijn uiterlijk op 31 dec. 2002 moest zijn geïmplementeerd.
- 12 De eerste optie was om gebruik te maken van de mogelijkheid om een reguliere vergunning te verlenen op grond van art. 17(1)(g) Vw. Daarvoor had het Vb moeten worden aangevuld met de omschrijving van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie van vreemdelingen. Een tweede optie was om gebruik te maken van art. 29(1)(d) Vw: in dat artikel was destijds het categoriaal beschermingsbeleid geregeld. Een groepsgewijze benadering die in 2014 door het kabinet Rutte II is afgeschaft.
- 13 Franssen 2011, § 7.7.1. Nederland is de enige lidstaat die de TBRI op deze wijze heeft geïmplementeerd. Strik, M.H.A. (2017), ‘Gelijke behandeling van internationaal beschermden. Beleidskeuze of Juridische verplichting’, *A&MR* 2017-6-7; Franssen 2022, ‘Redactioneel’, *A&MR* 2022-3; *Commissie Meijers*, ‘Commentaar op de gebrekkige uitvoering van de Tijdelijke Beschermingsrichtlijn in Nederland’, CM2204, 16 juni 2022.
- 14 Art. 1 Vw: tijdelijke bescherming wordt gedefinieerd als rechtmatig verblijf van een vreemdeling die niet wordt uitgezet in verband met een (*asiel*)aanvraag als bedoeld in art. 28 Vw. De toelichting van de Europese Commissie op het voorstel voor de TBRI expliciteert in § 5.6: ‘De lidstaten zijn allereerst verplicht tijdelijke bescherming genietende personen voor de gehele duur van de tijdelijke bescherming een rechtsgeldige verblijfstitel te verlenen’ (Europese Commissie, Toelichting bij het voorstel voor de TBRI, 24 mei 2000, COM(2000) 303, § 5.6).
- 15 Art. 2 TBRI definieert ‘tijdelijke bescherming’ als een vorm van bescherming ‘wanneer tevens het risico bestaat dat het asielsysteem deze toestroom niet kan verwerken’.
- 16 Franssen (2011, p. 318) stelt daaromtrent: ‘Gezien de vele gebreken die kleven aan de Nederlandse wijze van implementatie van deze richtlijn kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat deze transponeringstabel, die waarschijnlijk wel is opgesteld, bewust niet is gepubliceerd’.

4 Brief van de Staatssecretaris van J&V 10 feb. 2023, nr. 4475144 (Uitwerking maatregelen opvangopgave).

5 Wet van 16 december 2004 tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter implementatie van richtlijn nr. 2001/55, *Stb* 2004/691 28 december 2004, *Kamerstukken I & II*, 29031.

6 Franssen, K.A.E. (2016), ‘Richtlijn tijdelijke bescherming: een vergeten richtlijn’, *A&MR* 2016-6/7, p. 322-327.

7 Toelichting bij het Voorstel voor de TBRI van de EC, COM(2000)303, 24 mei 2000, Pb EG nr. C 311 E (punt 5.1).

8 Ibidem punt 5.6-5.7.

9 Ibidem punt 5.6.

10 Franssen K. *Tijdelijke Bescherming van asielzoekers in de EU*, dissertatie Nijmegen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

‘rechtmatig verblijf in de zin van artikel 8, onder f of h, van de vreemdeling wiens uitzetting in verband met een aanvraag als bedoeld in artikel 28 [i.e. asielverzoek] op grond van de richtlijn tijdelijke bescherming achterwege blijft’.¹⁷

Merkwaardig. Terwijl de TBRI expliciet stelt dat het indienen van een asielverzoek nu juist niet de bedoeling is ter voorkoming van een overbelasting van het nationale asielstelsel, stelt de Nederlandse vreemdelingenwet een dergelijke aanvraag als voorwaarde. Een ‘contradictio in terminis’: de richtlijn biedt bescherming zonder dat er een asielverzoek hoeft te worden ingediend, maar Nederland biedt die bescherming alleen als er een asielverzoek wordt ingediend.

De eventuele herinvoering van een aparte tijdelijke verblijfsvergunning voor ontheemden uit Oekraïne is door de huidige staatssecretaris wel overwogen. In de Kamerbrief van 30 maart 2022 (nr. 2839) wordt gesteld dat de keuze – destijds – om een tijdelijk-beschermd (slechts) de status van asielzoeker te geven, een welbewuste keuze is geweest.¹⁸ Hoewel het ‘theoretisch’ mogelijk is om nu, alsnog, een speciale vergunning (met een apart voorzieningenregime) in de Vreemdelingenwet te realiseren voor de ontheemden uit Oekraïne, zo vervolgt de staatssecretaris, past een dergelijke vergunning niet in de huidige één-statussystematiek van de Vreemdelingenwet.

Vermeldenswaard is dat de staatssecretaris niet in de brief vermeldt dat de Procedurerichtlijn voorschrijft dat op een asielverzoek zo spoedig mogelijk moet worden beslist; dat is wat anders dan op de stapel leggen en verder niets doen.¹⁹

3. Activering van TBRI

Na de inval van Rusland in Oekraïne op 24 februari 2022, reageerde de Europese Commissie onmiddellijk. In de recordtijd van acht dagen keurde de Europese Raad het voorstel van de Commissie unaniem goed waarbij de TBRI werd geactiveerd voor ontheemden uit Oekraïne.²⁰ Op 4 maart 2022 stond dit Uitvoeringsbesluit in het Publicatieblad²¹ en sindsdien hebben ontheemden uit Oekraïne bescherming op grond van deze regeling in alle EU-lidstaten.²² In de TBRI zelf staat in art. 4(1):

‘Onverminderd artikel 6 duurt de tijdelijke bescherming één jaar. Wanneer de bescherming niet op grond van artikel 6, lid 1, onder b), wordt beëindigd, kan deze automatisch met telkens zes maanden worden verlengd voor maximaal één jaar’.

En in art. 6(1) TBRI staat dat:

‘de tijdelijke bescherming wordt beëindigd: (a) wanneer de maximale duur is bereikt, hetzij (b) op ieder moment, door de vaststelling van een met gekwalificeerde meerderheid genomen besluit van de Raad, op voorstel van de Commissie (...)’.

Uit deze formuleringen volgt dat de vaststelling van de duur en de beëindiging van de bescherming uitdrukkelijk is voorbehouden aan de Raad en derhalve geen ruimte laat voor individuele lidstaten om de bescherming te beëindigen.²³

Op 14 oktober 2022 is door de JBZ-Raad besloten dat de bescherming op grond van de TBRI is verlengd tot 4 maart 2024. Daarna kan de Europese Raad – in casu de gezamenlijke ministers van Justitie – expliciet besluiten dat de TBRI nog eens voor maximaal één jaar wordt verlengd.²⁴ Anders gezegd, de TBRI is in ieder geval geldig tot en met 4 maart 2024 (en mogelijk zelfs tot 4 maart 2025). En dat geldt voor eenieder die onder de TBRI valt.

De verplichting om een asielverzoek in te dienen staat haaks op de doelstelling van de TBRI om het juist het asielstelsel van de lidstaten te ontlasten.

In art. 7 TBRI staat ten slotte een facultatieve bepaling op grond waarvan de lidstaten aan andere categorieën ontheemden, dan die zijn omschreven in het Uitvoeringsbesluit, ‘tijdelijke bescherming krachtens deze richtlijn [kunnen] bieden ingeval deze om dezelfde redenen ontheemd zijn en uit hetzelfde land of dezelfde regio van oorsprong komen’. Het is vooral de interpretatie die de Nederlandse overheid aan deze facultatieve bepaling wil geven die op zijn minst problematisch is, zo niet in strijd met het recht.

4. Ontheemden

De in de inleiding genoemde onrust doet zich juist voor onder de ontheemden die via de facultatieve bepaling van art. 7 TBRI ook onder de bescherming van de richtlijn vallen. Nederland besloot de facultatieve bepaling van toepassing te verklaren.²⁵ De discussie spitst zich vooral toe op de wijze waarop deze categorie, die onder de facultatieve bepaling van art. 7 TBRI valt, moet worden gekwalificeerd: vallen deze ontheemden onder de TBRI, zoals mijn stelling is, of vallen deze ontheemden niet onder de TBRI maar onder

17 Art. 1 Vw.
18 Brief van de Staatssecretaris van J&V, 30 mrt. 2022, TK 19637, 2839 (Situatie in Oekraïne); dit is een andere brief dan die onder nummer 2907 die ook op 30 maart 2022 is gedateerd.
19 Art. 31(2) PRI (Richtlijn 2013/32, Asielprocedurerichtlijn) schrijft voor dat de behandelingsprocedure zo spoedig mogelijk wordt afgerond. De uitdrukkelijk beleidslijn om een bepaalde categorie asielverzoeken niet te behandelen is daarmee in strijd.
20 Uitvoeringsbesluit 2022/382 van de Raad van 4 maart 2022 tot vaststelling van het bestaan van een massale toestroom van ontheemden uit Oekraïne in de zin van artikel 5 van Richtlijn 2001/55/EG, en tot invoering van tijdelijke bescherming naar aanleiding daarvan.
21 PbEU 4 maart 2022, L 71/1.
22 Uitvoeringsbesluit 2022/382, Overweging 11-16.

23 Met uitzondering van de situatie van art. 28 TBRI waarin bescherming kan worden geweigerd aan personen indien er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat deze zich – kort gezegd – heeft schuldig gemaakt aan oorlogsmisdrijven (de volledige formulering is conform art. 1F Vluchtelingenverdrag).
24 Art. 4(2) TBRI spreekt van ‘Indien er aanleiding blijft om tijdelijke bescherming te verlenen’.
25 Brief van de Staatssecretaris van J&V, 30 mrt. 2022, TK 19637, 2839, p. 15-16 (doelgroep). De 21 EU-lidstaten die de facultatieve bepaling van toepassing hebben verklaard zijn: België, Bulgarije, Cyprus, Duitsland, Finland, Frankrijk, Ierland, Kroatië, Letland, Litouwen, Luxemburg, Malta, Nederland, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, Slowakije, Slovenië, Spanje en Tsjechië (EUAA, *Providing Temporary Protection to Displaced Persons from Ukraine A Year in Review*, March 2023, p. 13).

een aparte, minder gunstige regeling van de Nederlandse overheid?

Om te beoordelen welke interpretatie de juiste is, moeten we kijken naar de brieven die de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid op 30 maart 2022 naar de Kamer stuurde.²⁶ Daarin staat onder de kop implementatie en reikwijdte richtlijn:

‘Concreet betekent dit, dat de volgende categorieën personen onder de bescherming van de richtlijn zullen worden gebracht:

1. Personen met de Oekraïense nationaliteit die (...)
2. Staatlozen of derdelanders met een andere nationaliteit dan de Oekraïense, die:
 - Op 23 februari 2022 in Oekraïne internationale bescherming of gelijkwaardige nationale bescherming genoten;
 - Op 23 februari 2022 een (andere) geldige Oekraïense verblijfsvergunning hadden.
3. Gezinsleden van de hiervoor genoemde personen (...).²⁷

Strikt genomen gaat het dus om drie categorieën: (1) Oekraïners; (2) niet-Oekraïners die een vluchtelingenstatus in Oekraïne hadden; en (3) alle andere niet-Oekraïners die een geldige verblijfsvergunning hadden in Oekraïne. En voor elk van die drie categorieën geldt dan ‘inclusief familieleden’.

De eerste en tweede categorie slaan op ontheemden die in ieder geval onder de bescherming van de richtlijn vallen.²⁸ De derde categorie valt onder de facultatieve bepaling: als een lidstaat derhalve zo’n groep definieert, dan valt die ook onder de bescherming van de richtlijn.²⁹ In de praktijk gaat het dan om uit Oekraïne gevluchte studenten en arbeidsmigranten die niet de Oekraïense nationaliteit hebben.³⁰ In de verdere discussie wordt deze laatste groep van niet-Oekraïners aangeduid als ‘derdelanders’.³¹

Terug naar de brief van de staatssecretaris. Daarin staat: ‘Voor derdelanders geldt het vereiste dat zij op 23 februari 2022 een geldige verblijfsvergunning moet hebben gehad’.³² Daar wordt nog aan toegevoegd:

‘Voorts heeft het kabinet ten aanzien van derdelanders besloten om af te zien van de toets of veilige en duurzame terugkeer naar het land of de regio van herkomst mogelijk is. Naar het oordeel van het kabinet zou het hier gaan om een toets die elementen van een asielbeoordeling in zich heeft. Het uitvoeren van die toets zou het asielproces alsnog kunnen belasten en past niet in de ruimhartige toepassing die het kabinet voor ogen heeft.’

Dat laatste is van belang omdat in de TBRI staat dat aan ontheemden van de derde categorie bescherming kan worden geboden indien zij ‘niet onder veilige en duurzame omstandigheden naar hun land of regio van oorsprong kunnen terugkeren’.

Dit betekent dat het kabinet vanaf het begin de intentie had om de TBRI ruimhartig toe te passen. Bovendien was het uitdrukkelijk de bedoeling om de door mij als derde categorie omschreven groep van ontheemden ook volledig onder de werking van de TBRI te laten vallen. Daarbovenop werd uitdrukkelijk bepaald dat de vraag of een derdelander zou kunnen terugkeren (naar het land van herkomst) en derhalve geen aanspraak op bescherming op grond van de TBRI kon maken, *niet* gesteld zou worden. Dat zou immers een individuele afweging noodzakelijk maken, en die lijkt weer verdacht veel op een asielbeoordeling, en dat staat op gespannen voet met de strekking van de TBRI.

Als we kijken naar de documenten die inmiddels worden verstrekt aan ontheemden uit Oekraïne, dan valt een aantal punten op. Op het pasje (Ontheemdocument of O-document) staat expliciet vermeld dat het geen reisdocument is – en dus het reizen in en buiten de EU niet bepaald vergemakkelijkt.³³ Zelfs als deze pas is uitgereikt aan Oekraïners, dan is het nog maar de vraag of zij daarmee ‘even’ heen en terug naar Oekraïne zouden kunnen reizen. Vooral aan de Poolse grens zou dat problematisch kunnen zijn.³⁴ Daarnaast staat er op het pasje dat er niet alleen een asielverzoek is ingediend, maar ook dat het verblijf is toegestaan *op grond van de richtlijn tijdelijke bescherming Oekraïne*.³⁵ Het alternatief is de sticker die in het paspoort kan worden geplakt. Daarop staat expliciet dat *de bescherming* geldig is van 4 maart 2022 tot 4 maart 2023 (en dat is datum die nog voor de verlenging van de TBRI, in oktober 2022, werd gehanteerd; inmiddels is de geldigheidsdatum tot 4 maart 2024).



Sticker verblijfsaantekeningen tijdelijke bescherming³⁶

26 TK 19637 en 36045, nrs. 2839 en 2907.

27 Brief van de Staatssecretaris van J&V, 30 maart 2022, TK 19637, nr. 2839 en 2907 (Situatie in Oekraïne).

28 Art. 5 TBRI en art. 2(1) en (2) Uitvoeringsbesluit 2022/382.

29 Art. 7 TBRI en art. 2(3) Uitvoeringsbesluit 2022/382.

30 Volgens RTL en de NOS gaat het onder andere om studenten of arbeidsmigranten uit India, Ghana, Marokko, Nigeria, Algerije en Turkmenistan: <https://bit.ly/3EYR1tq>.

31 Strikt genomen betekent die term in het Unierecht iets anders, namelijk iemand die niet de nationaliteit van een van de lidstaten van de EU heeft.

32 TK 19637 en 36045, nrs. 2839 en 2907, p. 16

33 178e wijziging VV, *Stcr.* 2022, nr. 18358, 20 juli 2022; bijlage 7F3 (Document O) en bijlage 7H2 Sticker verblijfsaantekeningen tijdelijke bescherming.

34 De persvoorlichter van het ministerie van Defensie (waaronder de Koninklijke Marechaussee valt) kon melden: ‘Reizen is op eigen risico. Deze groep vluchtelingen is namelijk niet in het bezit van een geldig reisdocument. Een bewijs van verblijf (sticker of een Ontheemden document) maakt dit niet anders’.

35 De IND meldt in dat verband: ‘Deze sticker of O-document is het bewijs dat zij hier verblijf hebben op grond van de Richtlijn tijdelijk bescherming’.

36 Bijlage bij 178e Wijziging van het VV, *Staatscourant* 2022, nr. 19358, 20 juli 2022.



Voor- en achterzijde van document O³⁷

5. Aanpassen van de doelgroep

In juni 2022 doen er berichten de ronde dat er misbruik zou worden gemaakt van de opvangvoorzieningen voor ontheemden uit Oekraïne. Voor het gemak worden die onder de noemer ‘derdelanders afkomstig uit veilige landen’ geschaard. In een Kamerdebat wordt vervolgens een motie ingediend met het verzoek of de toepassing van de TBRI ‘voor derdelanders uit Oekraïne zo kan worden aangepast dat aan derdelanders enkel bescherming wordt geboden onder de richtlijn als daartoe voldoende noodzaak bestaat’.³⁸ En dan wordt met name gewezen naar derdelanders met een tijdelijk verblijfsrecht in Oekraïne.

Vervolgens schrijft de staatssecretaris – net na het ingaan van het zomerreces van de Tweede Kamer – dat hij dat hij signalen heeft ontvangen ‘dat mogelijk misbruik wordt gemaakt of dat getracht wordt misbruik te maken van de ruimte die onze regelgeving biedt’.³⁹ Hierin ziet hij aanleiding om de doelgroep aan te passen. Vervolgens meldt de staatssecretaris dat er vanaf 19 juli 2022 geen nieuwe inschrijvingen zullen plaatsvinden van personen die behoren tot de door mij genoemde derde categorie. Kan dat? Ja, *nieuwe* gevallen kunnen worden uitgesloten voor zover die onder de *facultatieve* bepaling vallen, maar dan moet die uitsluiting van nieuwe gevallen wel op een ordentelijke wijze worden bekend gemaakt. En dat gebeurt niet, althans in de brief van 18 juli wordt gesteld dat er met ingang van 19 juli geen nieuwe gevallen zullen worden geaccepteerd bij de registratie. Dat is in ieder geval in strijd

met het staatsrecht dat voorschrijft dat dergelijke wijzigingen officieel worden bekend gemaakt voordat ze in werking treden.⁴⁰

6. Terugwerkende kracht

En het wordt nog merkwaardiger. In de Staatscourant van 25 augustus 2022, nog steeds tijdens het zomerreces, wordt een Regeling gepubliceerd waarin met terugwerkende kracht de eerdergenoemde groep van derdelanders met een tijdelijk verblijfsrecht in Oekraïne hun rechten wordt ontnomen.⁴¹ Rechten die zij hebben op grond van de TBRI en die het kabinet hen via de van toepassing verklaring van de facultatieve bepaling, uitdrukkelijk had verleend. De constructie is wonderlijk. In het Voorschrift Vreemdelingen wordt, met terugwerkende kracht tot 4 maart 2022 een nieuw artikel 3.9a ingevoegd waarin de eerdergenoemde derdelanders worden geschaard onder een nationale regeling. De bedoeling daarvan is om die bescherming op enig moment te kunnen beëindigen. En dat gebeurt door datzelfde artikel 3.9a VV in een iets andere redactie van toepassing te verklaren op de derdelanders die zich vóór 19 juli – de datum die in de Kamerbrief was genoemd – hadden ingeschreven in de BRP (Basisregistratie Personen). En ook daarvoor geldt dat dit met terugwerkende kracht is. De motivering in de toelichting is Kafkaësk. Daarin wordt namelijk gesteld dat er bij het vervallen van de grondslag (o.g.v. de TBRI) er een overgangsregeling noodzakelijk is: en die overgangsregeling wordt dan met terugwerkende kracht gerealiseerd. Alsof je mensen die een kaartje voor een voorstelling hebben gekocht, tijdens de pauze bericht dat de prijzen met terugwerkende kracht zijn verhoogd en dat ze onmiddellijk de zaal moeten verlaten.

Alsof je mensen die een kaartje voor een voorstelling hebben gekocht, tijdens de pauze bericht dat de prijzen met terugwerkende kracht zijn verhoogd en dat ze onmiddellijk de zaal moeten verlaten.

De constructie is op twee punten in strijd met het recht. Allereerst wordt de suggestie gewekt dat de groep (derdelanders) die via de facultatieve bepaling van de TBRI onder de tijdelijke bescherming van de richtlijn vallen, overgeheveld kunnen worden naar een nationale regeling. En in de tweede plaats wordt gesteld dat een eenmaal verleende bescherming met terugwerkende kracht een kortere duur kan hebben.

Ook schendt de staatssecretaris het Unierechtelijk rechtszekerheidsbeginsel en het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel, waaruit volgt dat een wettelijke regeling niet met terugwerkende kracht een groep mag benadelen

37 Bijlage bij 178e Wijziging van het VV, *Staatscourant* 2022, nr. 19358, 20 juli 2022
 38 TK 19637, nr. 2825.
 39 Brief van de Staatssecretaris van J&V, 18 juli 2022, TK 19637, nr. 2945 (Aanpassing doelgroep beschermingsrichtlijn).

40 Art. 88 Grondwet j° art. 3 Bekendmakingswet (voor publicaties in het *Staatsblad*) en art. 4 Bekendmakingswet (voor publicaties in de *Staatscourant*).
 41 *Stcrt.* 2022, nr. 22623, 25 aug. 2022.

en gerechtvaardigde verwachtingen (in dit geval door de tijdelijke bescherming te verlenen) moeten worden geëerbiedigd.⁴²

De strekking van de brief van 18 juli 2022 aan de Kamer kan daarom alleen zijn dat er op zijn vroegst vanaf het moment dat de gewijzigde Regeling van het Voorschrift Vreemdelingen in de Staatscourant is verschenen (25 augustus 2022), een stop zou kunnen worden geëffectueerd op de toepassing van de facultatieve bepaling. Dat wil zeggen het niet meer registreren van nieuwe derdelanders in de BRP. Nog los van het gegeven dat je dan zou mogen verwachten dat aan die nieuwe regeling voldoende ruchtbaarheid wordt gegeven alvorens die na een overgangsperiode in werking treedt, is het invoeren met terugwerkende kracht van een overgangsregeling een juridische boevenstreek.⁴³ Deze constructie is mijns inziens in strijd met het recht. De Regeling die in de Staatscourant is afgekondigd met de terugwerkende kracht, dient niet zozeer buiten toepassing te worden gelaten, als wel onverbindend te worden verklaard. Het gaat namelijk niet om een situatie waarin de regel zelf wel rechtmatig is en slechts onder omstandigheden buiten toepassing moet worden gelaten. Dat was bijvoorbeeld wel het geval toen de ABRvS oordeelde in hoger beroep over de toepasselijkheid van art. 45(1) Vw, waarin de afwijzing van een asielverzoek geldt als een terugkeerbesluit, in een situatie waarin het een ongeleide minderjarige betreft.⁴⁴ Als de regeling echter als zodanig onrechtmatig is – ongeacht de omstandigheden waarin die moet worden toegepast, dan is die regeling onverbindend.⁴⁵

7. Brieven aan de derdelanders

Vervolgens stuurde de IND in november 2022 een niet-persoonlijke brief waarin namens de staatssecretaris werd aangekondigd dat niet-Oekraïners die een tijdelijke verblijfsvergunning hadden in Oekraïne, na 4 maart 2023 niet meer onder de Tijdelijke Beschermingsrichtlijn (TBRi) zouden vallen.⁴⁶ Die brief leidde tot

grote onrust. Vervolgens kreeg een deel van deze groep ontheemden begin februari een persoonlijke brief waarin het tegenovergestelde stond:

‘U heeft bescherming op grond van de Richtlijn Tijdelijke Bescherming. (...) U heeft een bewijs van verblijf gekregen. Dit is een sticker in uw paspoort of op een los papier. Uw sticker is binnenkort niet meer geldig. (...) De IND verlengt uw sticker tot het einde van de tijdelijke bescherming.’

Maar dat was te mooi om waar te zijn. Nog geen week later ontvingen deze derdelanders weer een brief waarin excuus werd gemaakt: sorry, de brief die u hebt gekregen was ten onrechte naar u gestuurd; foutje van de techniek. Helaas. De werkelijkheid is dat uw bescherming op 4 maart 2023 eindigt en u wordt verzocht te vertrekken uit Nederland. U kunt ook ‘verder’ gaan met uw asielverzoek, maar dan moet u zich melden in Ter Apel. De verwarring was compleet.

De commotie zorgde onder meer voor een aantal verzoeken om een voorlopige voorziening ter voorkoming van een dreigende uitzetting uit de opvang, omdat een daartegen ingediend bezwaar geen opschortende werking heeft. Kennelijk leidde de ontstane commotie ook tot discussie in het kabinet. Dat besloot in ieder geval vrijdag 10 februari 2023 dat de bewuste groep van ontheemden (niet-Oekraïners met een tijdelijke verblijfsvergunning in Oekraïne) iets langer, en wel tot 4 september 2023 in Nederland mochten blijven.

Een mogelijk gebrek aan onderlinge communicatie tussen de beleidsafdeling van de IND en die van de afdeling wetgeving van het ministerie, is vermoedelijk ook mede debet aan de verwarrende berichtgeving over dit laatste besluit. Op de site van de IND staat: ‘Derdelanders met tijdelijke verblijfsvergunning in Oekraïne vallen tot 4 september 2023 onder de Europese Richtlijn Tijdelijke Bescherming (RTB)’.⁴⁷ Op de site van het ministerie staat echter wezenlijk iets anders, namelijk: ‘Derdelanders kunnen tot 4 september 2023 in de opvang voor vluchtelingen uit Oekraïne verblijven om zo de hoge druk op de asielopvang te verlichten. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, Eric van der Burg, besluit hiertoe na overleg met de VNG en het Veiligheidsberaad’.⁴⁸ En voor de duidelijkheid: de IND heeft het over mensen die onder de TBRi vallen, terwijl het ministerie spreekt van mensen die in de opvang voor vluchtelingen uit Oekraïne verblijven.

Ik vermoed dat uiteindelijk de ABRvS zich erover zal moeten uitspreken, en als dat gebeurt zou de staatssecretaris kunnen stellen: het ligt niet aan mij, maar het moet van de rechter.

8. Over wie gaat het nu eigenlijk?

Tijdens de berichtgeving in juli 2022, die aanleiding was voor het indienen van een motie in de Tweede Kamer om de doelgroep van de TBRi te beperken,⁴⁹ werd de suggestie gewekt dat er sprake was van een hoge instroom van derdelanders. Met andere woorden, dat het om een grote groep

42 Zie onder andere: HvJ EU 17/11/2022, C-443/21, Avicarvil Farms, punten 38-41: ‘(38) In dit verband volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat de lidstaten, wanneer zij maatregelen nemen ter uitvoering van het Unierecht, gehouden zijn om de algemene beginselen van dit recht, waaronder met name het *rechtszekerheidsbeginsel* en het *vertrouwensbeginsel*, in acht te nemen (arrest van 26 mei 2016, Județul Neamț en Județul Bacău, C-260/14 en C-261/14, EU:C:2016:360, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak). (39) Wat betreft het *vertrouwensbeginsel* moet eraan worden herinnerd dat iedere justitiabele bij wie een nationale administratieve autoriteit met door haar gedane precieze toezeggingen gegronde verwachtingen heeft gewekt, zich daarop kan beroepen (arrest van 7 augustus 2018, Ministru kabinet, C-120/17, EU:C:2018:638, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak). (40) In dit verband moet worden nagegaan of de handelingen van de administratieve autoriteit in kwestie bij de betrokken justitiabele een redelijk vertrouwen hebben gewekt, en zo ja, of dat vertrouwen gewettigd is (arrest van 7 augustus 2018, Ministru kabinet, C-120/17, EU:C:2018:638, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak). (41) Niettemin kan het *vertrouwensbeginsel* volgens vaste rechtspraak van het Hof niet worden aangevoerd tegen een duidelijke bepaling van het Unierecht en kan een met het Unierecht strijdige gedraging van een met de toepassing ervan belaste nationale instantie voor een justitiabele geen grond opleveren om erop te vertrouwen dat hij een behandeling kan genieten die strijdig is met het recht van de Unie (arrest van 7 augustus 2018, Ministru kabinet, C-120/17, EU:C:2018:638, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).’

43 Als ik zo vrij mag zijn om deze kwalificatie van de eminente staatsrechtgeleerde Tijn Kortmann te herhalen; C.A.J.M. Kortmann (2000), ‘De ontwerp-wetgever op drift’, *NJB* 2000, p. 1672.

44 ABRvS 8 jun. 2022, NL:RVS:2022:1530.

45 Sillen, J.J.J. (2010), *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving*, par. II.3.4.2, Serie Staat en Recht nr.1, Deventer: Kluwer.

46 Brief van de Staatssecretaris van J&V (ongedateerd, maar verstuurd eind november 2022) met als onderwerp: Informatie over uw verblijf onder de Richtlijn Tijdelijke Bescherming, zie: <https://bit.ly/3JjgNe9>.

47 Zie: <https://bit.ly/3JjWuxm>.

48 Zie: <https://bit.ly/3ZNS6wa>.

49 TK 19637, nr. 2825.

zou gaan. En dat er sprake zou zijn van misbruik. Voor zover er cijfers beschikbaar zijn, zou er sprake zijn van 160 mensen die Unieburger zijn en (toch) een beroep op de TBRI hebben gedaan, terwijl die in het geheel niet in Oekraïne zijn geweest, laat staan dat land zijn ontvlucht vanwege de oorlog. Dat is misbruik.

Maar voor het overige gaat het om studenten⁵⁰ en om arbeidsmigranten: 4.500 mensen met een Oekraïense verblijfsvergunning die te kennen is gegeven, toen zij hier hun toevlucht zochten, dat zij in Nederland konden blijven zo lang als de TBRI van kracht was. Alhoewel het kabinet voorlopig (tot 4 september 2023) geen leden van deze groep van derdelanders zal uitzetten, is het te hopen dat de gevraagde voorlopige voorzieningen toch door de vreemdelingenkamers zullen worden behandeld. De regeling is immers niet alleen onrechtmatig,⁵¹ maar ook het verleende uitstel is op onjuiste gronden verleend.⁵²

Ik ben zeer benieuwd wat de reactie van de staatssecretaris zal zijn. Stel dat de regeling uit het Voorschrift Vreemdelingen naar de prullenbak wordt verwezen, zal de staatssecretaris dan onomwonden melden dat de regeling zal worden ingetrokken? En dat alle groepen, zoals die in maart 2022 zijn omschreven, alsnog als ontheemden, die recht op bescherming hebben volgens de TBRI, zullen worden behandeld ten minste tot 4 maart 2024? Ik hoop het. Maar ik vermoed dat uiteindelijk de ABRvS zich hierover zal moeten uitspreken. En als dat gebeurt zou de staatssecretaris kunnen stellen: het ligt niet aan mij, maar het moet van de rechter. Het doet me denken aan de verzuchting die Justice Gorsuch van de US Supreme Court onlangs slaakte in een dissenting opinion: ‘We are a court of law, not policymakers of last resort’.⁵³ ◀

50 Het gaat onder meer om studenten die in Oekraïne studeerden voor chirurg, tandarts of ingenieur.

51 Zie hierboven onder de kop Activering van de TBRI.

52 De Nederlandse regeling is in strijd met de TBRI zelf, en dus met het Unierecht, omdat de beëindiging van de bescherming is voorbehouden aan de Europese Raad.

53 Gorsuch, J. dissenting in 598 US (2022), *Arizona et al. v. Alejandro Mayorkas, secr. of Homeland Security*.